

DIKÈ, HYDRA, ZENO IN HET INSOLVENTIERECHT

door

M. E. STORME*
gewoon hoogleraar
KU Leuven

In deze inaugurale rede reflecteert de auteur op de evolutie en staat van het insolventierecht als voorbeeld voor ontwikkelingen in het recht in het algemeen. Na een korte discussie van de klassieke verhouding tussen de beginselen van rechtvaardigheid en het insolventierecht volgt een analyse van de algemene ontwikkeling. Daarin worden vier fasen onderscheiden: 1° recht als een objectieve orde die de rechtvaardigheid vertegenwoordigt; 2° het klassiek-moderne recht met zijn duidelijke scheiding van het domeinen van de handel, dat van de openbare dienst en het zuiver private domein; 3° de 20^e-eeuwse welvaartsstaat en 4° het stadium van het therapeutisch recht als instrument van normalisering en management van maatschappelijke risico's en emoties. Vervolgens wordt nagegaan in hoeverre deze evolutie zich voordoet in het insolventierecht. Na deze analyse volgt een kritische bespreking van de rechtsregel geformuleerd in een reeks arresten van Belgische hoogste rechtscolleges. In een laatste deel wordt nagegaan of daarbij ook de redenering gebrekkig is en welke interpretatietechnieken gebruikt werden. De auteur besluit met een beschouwing over de onderscheiden rol van rechters, wetgevers en professoren.

* Rede tgv de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in de rechtsgeleerdheid aan de KU Leuven, gehouden op 25 maart 2013.

INHOUD

<i>I. Inleiding (2)</i>	586
<i>II. Dikè (3-5)</i>	586
A. Insolventierecht als privaatrecht (4)	586
B. Insolventierecht, verdelende rechtvaardigheid en openbare dienst (5) ..	587
<i>III. Hydra (6-26)</i>	588
A. In de ontwikkeling van het recht in het algemeen (6-14)	588
B. In het insolventierecht (15-26)	596
1. Horizontalisering sociale grondrechten als loterij (16-17)	596
2. Informatie tot zekerheid ? (18-19)	599
3. Categorisering en dualisering van het insolventierecht (20-23)	600
4. Outsourcing en dejustitialisering (24-26)	602
<i>IV. Zeno (27-39)</i>	605

1. Het is een goede gewoonte *in academia* om na de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in een wetenschapsgebied, een rede te houden die ingaat op wat er in dat gebied te gebeuren staat, en goede gewoonten zijn er om te eerbiedigen. Bewust gebruik ik de meerzinnige uitdrukking “wat er te gebeuren staat”: het gaat zowel om wat er feitelijk aan het gebeuren is, als om de kritische opdracht ten aanzien daarvan. Aangezien ik het genoeg heb om aan deze universiteit onderwijs te mogen geven in het handels- en insolventierecht enerzijds en anderzijds in de rechtsfilosofie, wil ik beide disciplines enigszins combineren. Tegelijk verstout ik het mij om een thema aan te snijden dat m.i. het geheel van onze activiteiten als rechtsfaculteit aanbelangt – te weten onderwijs, onderzoek en dienstverlening.

I. Inleiding

2. In mijn studententijd had ik het genoeg te studeren aan de *Yale University* en daar lid te worden van een *debating society*, een dispuut, waarvan de hymne het volgende refrein had: *let's go back to Aristotle, nothing's happened in A.D.* Welnu, in Aristoteles' *Ethica Nicomachea*, die ik onder leiding van pater Verhaeghe mocht bestuderen(1) in mijn eerste kandidatuur wijsbegeerte, lezen we een seminale bespreking van de deugd der rechtvaardigheid. Na zijn bespreking van de deugd der algemene rechtvaardigheid, gaat Aristoteles in op de twee grondvormen van de bijzondere rechtvaardigheid: de vergeldende en de verdelende rechtvaardigheid. Met dezelfde onderscheidingen begint Hugo de Groot zijn *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, en hij voegt eraan toe dat de laatstgenoemde rechtvaardigheid diegene is die, zoals hij dat zegt “op de waardigheid acht” of betrekking heeft, en de eerstgenoemde diegene die op het toebehoren acht(2). “Toebehoren” is bij Grotius de term voor subjectief vermogensrecht(3), waardigheid (*dignitas*) wordt door het recht toegekend naar evenredigheid van iemands verhouding tot het geheel. Deze beide filosofen wisten nog dat subjectieve rechten niet onbeperkt kunnen worden erkend, maar enkel ofwel in ruil voor iets anders, ofwel door de toebedeling van wat er is;

(1) Later heeft hij samen met Mw. Pannier een eigen vertaling uitgebracht: C. PANNIER en J. VERHAEGHE, *Aristoteles, Ethica Nicomachea* (Groningen: Historische uitgeverij 1999), maar destijds gebruikten wij de vertaling van E.H. R.W. THUIS, *in de Klassieke galerij nr. 84* (Antwerpen: De Nederlandsche boekhandel 1954).

(2) *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* (ik gebruik de uitgave van DOVRING, FISCHER en MEIJERS, Leiden: Universitaire Pers 1965), I.1.10: “*van de rechtvaardigheid die op 't eng genomen recht ziet werd die soorte die op de waardigheid acht neemt ghenoemt begevende (Justitia distributiva): de andere die op het toebehoren let, de vergeldende (Justitia commutativa)*”.

(3) *Inleidinge* I.1 (8): “*Toebehoren bestaet in behering (Jus reale) en Inschuld (Jus personale)*”. In *De iure belli ac pacis* (Het recht van oorlog en vrede) omvat “*suus*” drie concepten: macht of vrijheid (*potestas*), zakelijk recht (*dominium*) en schuldvordering (*creditum*). Over de verdelende rechtvaardigheid zegt hij in dat werk: “Het is de rechtvaardigheid die samengaat met die deugden die tot andermans voordeel strekken, zoals de vrijgevigheid, het medelijden en wijs bestuur” (uit de vertaling door J.F. LINDEMANS, Baarn: Ambo 1993).

in een tijd als de onze, met zijn inflatie aan subjectieve rechten, zowel door de schepping van steeds meer geld zonder dekking als door de schepping van steeds meer mensenrechten zonder dekking, mag aan die wijsheid wel worden herinnerd. Dit geldt voor mij des te meer nu de rechtstak die zich bij uitstek bezighoudt met het teveel beloofde het insolventierecht is. Het is allicht een boeiende uitdaging om behalve over de patrimoniale insolventie die ontstaat wanneer men meer geld uitgeeft of meer schulden aangaat dan men activa heeft of kan verwezenlijken, ook na te denken over het moreel failliet dat er ontstaat wanneer men teveel mensenrechten toezegt⁽⁴⁾. Maar vandaag zal ik me toch maar tot het eerste beperken.

II. Dikè

3. Traditioneel associeert men de vergeldende rechtvaardigheid met het privaatrecht, dat de onderlinge verhoudingen tussen burgers regelt, en de verdelende rechtvaardigheid met het publiekrecht, dat de verhouding van de burgers ten aanzien van de gemeenschap in zijn geheel regelt. Bij nader inzien is het wat complexer: het insolventierecht is immers de rechtstak waarin de evenredige verdeling of toch de verdeling naar waardigheid het overneemt wanneer de normale regels van privaatrecht niet meer gelden, omdat vergelding niet meer mogelijk blijkt of opzijgeschoven wordt; ik zal me vandaag niet wagen aan de analyse van het spiegelbeeld daarvan, nl. of en hoe de ruilrechtvaardigheid – of is het de vergelding? - het overneemt wanneer de overheid minstens moreel failliet is omdat ze ongedekte mensenrechten heeft uitgegeven of omdat er een wanverhouding is ontstaan tussen de lasten die ze oplegt en de waarde die ze in ruil geeft. Misschien moet ik verder in mijn betoog toch een tipje van die sluier oplichten.

A. INSOLVENTIERECHT ALS PRIVAATRECHT

4. Volgens een mooie boutade van Adriaan Pitlo is het faillissement de lakmoesproef van het privaatrecht, de situatie waarin de regels van privaatrecht kleur moeten bekennen en waar blijkt hoe zuur of basisch ze wel zijn. Het insolventierecht gaat immers ook over de vraag welke rechten standhouden bij insolventie. In het klassiek-moderne insolventierecht wordt de rest van het privaatrecht en de toepassing van de vergeldende rechtvaardigheid maar node terzijde geschoven. Aan onze faculteit omvat het onderwijs in het insolventierecht in grote mate delen van dat privaatrecht

(4) Zie daarvoor reeds de rede van F. KEULENEER, “Inflatie van rechten – ontwaarding van het recht?”, Openingsrede uitgesproken op de Plechtige opening van het 105e werkingsjaar van het Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel, op 10 november 1995, extranummer Poelaertplein 1995 (ook op http://www.storme.be/vpg_rede.html).

pur sang, dat logischerwijze aan het insolventierecht in engere zin voorafgaat. In wezen gaat het om bijzondere delen van het goederenrecht en het verbintenissenrecht, vereenvoudigd gezegd de zakelijke zekerheidsrechten en de persoonlijke zekerheidsrechten, die uit die basisvakken zijn gelicht om redenen die veeleer pedagogisch dan dogmatisch zijn. Door die structuur worden de rechtsvragen betreffende de kredietzekerheden echter wel losgekoppeld van de vragen betreffende het verschaffen van krediet, de geldigheid van krediet, de opeisbaarheid van schulden. Of er een schuld is tot zekerheid waarvan men op een zekerheidsrecht een beroep kan doen is een vraag die aan het insolventierecht voorafgaat. Dat ontheft mij vandaag van de verplichting om daar kritisch op in te gaan (en bv. te reageren op het vandaag populaire boek van D. GRAEBER, *Schuld. De eerste 5000 jaar*(5)), al wil ik niet verhelen dat ik erg kritisch sta tegenover het binnendringen van de verdelende rechtvaardigheid en het publiekrecht in die delen van het privaatrecht. Dadelijk geef ik daar een voorbeeld van.

B. INSOLVENTIERECHT, VERDELLENDE RECHTVAARDIGHEID EN OPENBARE DIENST

5. Tegelijk is het insolventierecht de privaatrechtstak bij uitstek waar - zoals klassiek in het publiekrecht - de verdelende rechtvaardigheid een centrale rol speelt, zoals gezegd wanneer vergelding niet meer mogelijk blijkt of opzijgeschoven wordt; of concreter gezegd wanneer er onvoldoende actief “in de boedel” is om de schuldeisers te betalen. Hier vinden we de andere zijde van het insolventierecht, die dichter bij het publiekrecht staat, in dezelfde zin als ook het gerechtelijk privaatrecht dicht bij het publiekrecht staat, nl. de openbare dienst van de rechtsbedeling.

Het executierecht is een bijzondere vorm daarvan: de gedwongen uitvoering geschiedt in beginsel door of minstens onder toezicht van de overheid. Dit houdt nog niet noodzakelijk in dat de executie-opbrengst evenredig moet worden verdeeld over alle schuldeisers. Wel is de er de fundamentele eis van *equal protection of the law*; deze bescherming vereist echter niet dat een schuldeiser die pas later actie onderneemt, in gelijke rang (*pari passu*) mag aantreden, of anders gezegd, er een “samenloop” ontstaat in de technische zin van het woord. Ook het tegenovergestelde beginsel “wie eerst komt eerst maalt” is met de eis van gelijkwaardige rechtsbescherming verzoenbaar. Het Belgisch recht behoort in rechtsvergelijkend opzicht tot de meest collectivistische stelsels(6). We zien hier dus twee mogelijke criteria van

(5) Nederlandse vertaling van D. GRAEBER, *Debt. The First 5,000 Years* (Brooklyn: Melville House 2011; Nederlandse vertaling uitgegeven Amsterdam: Atlascontact 2012).

(6) Zie voor een vergelijkend overzicht K. KERAMEUS, “Distribution Proceedings and Relationships among Creditors in a Comparative Perspective”, in: J. Basedow e.a. (ed.), *Liber amicorum Kurt Siehr* (Den Haag: Asser Press 2000), 311 v.

verdelende rechtvaardigheid aan het werk: wordt het actief onder de schuldeisers verdeeld naar evenredigheid van hun schuldvordering, dan wel zoals de tien wijze en dwaze maagden volgens hun *vigilantia*, hun waakzaamheid, zij het dat het in dat geval in de praktijk wellicht veeleer handelt om de mate van druk die ze kunnen uitoefenen op de schuldenaar. Bovendien zien we dat er ook bij samenloop nog steeds sommige schuldeisers “bevoorrecht” worden boven andere en dus blijkbaar een hogere waardigheid hebben. In die zin geven de regels inzake algemene voorrechten een indicatie welke schuldeisers in de ogen van onze wetgever een hogere waardigheid hebben dan andere.

Een tweede aspect van het “publiekrechtelijk” karakter van het klassiek-moderne insolventierecht is dat het duidelijk ook bedoeld is om de markt te zuiveren van concurrentievervalsing door ondernemingen die hun schulden niet betalen(7).

Dat brengt me bij de vraag of het insolventierecht zijn publiekrechtelijke functie, zijn functies als openbare dienst, vandaag nog vervult. Of nog: is er voor schuldeisers in ons recht een *equal protection of the law* ? En net zoals bij de openbare dienst der rechtsbedeling is er hier m.i. weinig reden tot fundamentele vrolijkheid.

Sta me toe daarvoor de evolutie van het recht wat ruimer te bekijken vooraleer vervolgens weer te keren naar het insolventierecht.

III. Hydra

A. IN DE ONTWIKKELING VAN HET RECHT IN HET ALGEMEEN

6. In een eerdere tekst die ontstond als lezing voor de *Lessen van de XXIe eeuw* aan deze universiteit, schetste ik de juridisering van sociale verhoudingen van de 19^e eeuw tot vandaag, en dit op uiteenlopende terreinen des levens zoals onderwijs, gezondheidszorg, armenzorg, overheidsadministratie, openbare ruimte, werkplaats, religie, cultuur, gezinsverhoudingen en private ruimte. Tevens heb ik geprobeerd daaruit af te leiden welke fundamentele wijzigingen in de rol en vorm van het recht intussen hebben plaatsgevonden(8).

(7) Zo bv H. Cousy, “Naar een nieuwe visie op het insolventierecht?”, in: H. Braeckmans, H. Cousy, E. Dirix, B. Tilleman en M. Vanmeenen (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II* (Mortsel: Intersentia 2010), p. (3) 16.

(8) Zie mijn studie “De juridisering van sociale verhoudingen van de negentiende eeuw tot vandaag”, in: *De geschiedenis van het recht in de twintigste eeuw* (Brussel: Koninklijke Vlaamse Academie Wetenschappen Letteren en Schone Kunsten 2005), p. 27-75, ook te vinden op <http://storme.be/juridisering.html>.

7. In het negentiende-eeuwse rechtsmodel, dat we klassiek-modern kunnen noemen, ontwaarde ik een duidelijk onderscheid tussen enerzijds het domein van de markt en anderzijds de domeinen die “buiten de handel” vallen.

Voor de zaken “in de handel” gold het privaatrecht, gebaseerd op eigendomsrechten, contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht, alsook een zekere vorm van mededingingsrecht. In verhouding tot het oude recht is het een beweging “*From status to contract*” (H.S. Maine): rechten en plichten met betrekking tot deze goederen en diensten worden niet meer bepaald door de status (stand, kaste) die men in de maatschappij inneemt, maar door de economische activiteiten die men vrijwillig ontwikkelt en de contracten die men sluit. Het privaot vermogensrecht vertolkte niet meer een immanente rechtvaardige toedeling der goederen, maar organiseert mechanismen op grond waarvan de marktdeelnemers door productie en ruil tot een steeds wisselende toedeling van de goederen komen. De ruilrechtvaardigheid is daarbij gebaseerd op het spel van vraag en aanbod: goederen en diensten die “in de handel” zijn – daaronder ook arbeid - hebben geen immanente waarde meer, maar slechts datgene wat er op de markt voor wordt geboden. De ruilverhouding wordt voor elke transactie op zich bekeken en wordt niet langer gezien als onderdeel van een ruimere, interpersoonlijke verhouding waarbij de reciprociteit wordt gezien in het licht van die verhouding in haar geheel. Deze ombouw van het recht tussen middeleeuwen en 19e eeuw werd treffend geanalyseerd door Niklas Luhmann(9).

Daarbuiten diende de overheid in te staan voor een aantal publieke diensten, op de eerste plaats voor vrede en veiligheid en openbare gezondheid, met als instrumenten het strafrecht en de talloze politiereglementen.

De familie was net als de school een omzeggens rechtsvrije ruimte gebaseerd op gezagsverhoudingen; hetzelfde gold voor andere instellingen die genoten van de fundamentele vrijheden van vereniging, religie, onderwijs en meningsuiting.

8. In de 20^e eeuw zagen we een enorme toename van de overheidstussenkomst in omzeggens alle domeinen van het maatschappelijk leven. Niet zozeer of niet alleen de omvang van de reglementering veranderde, maar ook de aard van de regelgeving. Een zeer groot deel van de geproduceerde rijkdom (bruto nationaal product) wordt onttrokken aan de private eigen-

(9) In het bijzonder in “Zur Funktion des “Subjektiven Rechts”“, 1. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsheorie* 1970, 321 v., herdrukt in N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1981), p. 360 v.; en in “Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft”, in N. LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik, Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, II (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1993), 45 v.

dom en de werking van het ruilmechanisme (toepassing van de ruilrechtvaardigheid) en ingezet voor een grootscheepse toepassing van verdelende rechtvaardigheid. Het recht verandert grondig doordat het op grote schaal door de overheid is ingezet als een instrument om maatschappelijke verhoudingen te wijzigen: dit is de “instrumentalisering” van het recht. Deze juridisering en deze instrumentalisering van het recht zijn het gevolg van een groot geloof in de maakbaarheid van mens en samenleving, die de keerzijde is van de secularisering van de maatschappij (secularisering houdt immers de afbouw in van datgene wat ons overstijgt). Recht wordt minder en minder een uitdrukking van een objectieve sociale orde, en meer en meer een instrument voor *verandering* van de sociale orde. De rechtsvorm waarmee de genoemde herverdeling van uiteenlopende goederen geschiedt is het nieuwe uitgebreide publiekrecht. Ook niet-economische waarden als eer en goede naam worden gedemocratiseerd en in beginsel beschermd ongeacht iemands sociale status⁽¹⁰⁾. Daarnaast krijgt het privaatrecht in beperkte mate publiekrechtelijke trekken, meer bepaald doordat een reeks private verhoudingen meer en meer dwingend worden geregeld. Maar er blijft wel nog een duidelijk onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht: aan het gebruik van het privaatrecht worden weliswaar grenzen gesteld door de “openbare orde”, waaraan partijen geen afbreuk mogen doen, maar de burger mag privaatrechtelijke instrumenten wel nog steeds gebruiken om private belangen te dienen.

9. In de late 20e eeuw bereikte dit model van de sociale welvaartsstaat zijn grenzen. De welvaartsstaat geraakte overbevroegd, omdat men steeds meer verwachtingen heeft gecreëerd en steeds meer sociale verhoudingen, die door mensen zelf zijn uit te bouwen, worden voorgesteld als producten of diensten die de staat voor alle burgers zou garanderen. Steeds meer strevingen zijn voorgesteld als “fundamentele rechten van de mens” waarop eenieder bij voorkeur gratis aanspraak heeft. Tegelijk is de secularisering van de maatschappij verder geschreden, alsook de daarmee gepaard gaande individualisering, waardoor er steeds minder plaats is voor datgene wat de individuele mens overstijgt en waarbij geen louter materiële producten en diensten, maar zingeving, waardigheid en identiteit worden geschapen. Zo wordt elke ontgoocheling een maatschappelijk onrecht, dat door de staat moet worden gecompenseerd. Maar de overheid heeft het geld niet meer om al die beloften na te komen, en de belastingdruk nog verhogen zou meer welvaart vernietigen dan scheppen. In plaats van de ambities bij te stellen worden nieuwe instrumenten ontwikkeld, in het bijzonder door steeds meer rechten toe te kennen die men niet langer kan inzetten tegen de overheid

(10) Zie de boeiende – zij het controversiële – analyses van J. WHITMAN over de uitbreiding van de bescherming van de eer in het bijzonder onder het fascisme, onder meer in zijn “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, 113. *Yale LJ* 2004, 1151 v. en in “On Nazi ‘Honour’ and the New European ‘Dignity’”, in: Chr. JOERGES en N. SINGH GHARLEIGH (eds.), *Darker legacies of law in Europe; the shadow of national socialism and fascism over Europe and its legal tradition* (Oxford: Hart publishing 2003), 243 v.

maar tegen de samenleving, tegen de medeburgers. Een zeer typerend voorbeeld daarvan is de anti-discriminatie wetgeving, die aan burgers het wapen geeft om van medeburgers compensaties voor ongelijkheden te vorderen die de belover, namelijk de overheid, niet meer kan betalen. Die nieuwe bescherming tegen “discriminatie” reikt véél verder dan de aloude bescherming van eer en goede naam, waarvan de intensiteit juist wél afhing van de waardigheid waarmee de betrokkene zelf zich gedroeg.

Op die manier wordt het privaatrecht zelf geïnstrumentaliseerd en vervaagt het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht een stuk meer. Op het eerste gezicht lijkt dit een verdere verschuiving van vergeldende naar verdelende rechtvaardigheid te vormen, maar dat beeld klopt niet. Van verdelende rechtvaardigheid kan men in dit verband enkel spreken in de mate waarin risico’s gesocialiseerd worden en taken betaald door middel van algemene inkomsten, zoals belastingen of algemene sociale bijdragen, die dan volgens draagkracht of een ander herverdelend criterium worden geïnd. Wanneer daarentegen in een private rechtsverhouding de prijs of vergoeding niet uitsluitend bepaald wordt door de onderlinge verhouding tussen partijen, door hun gedragingen en prestaties, maar mede door het lot van de wederpartij, en met name door diens relatieve draagkracht of kansarmoede of lijden aan discriminatie, dan is dat geen verdelende rechtvaardigheid meer, maar een loterij.

10. Ik geef een voorbeeld uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat aantoonde dat er in ons recht ingevolge een verkeerd begrip van verdelende rechtvaardigheid geen *equal protection of the law* bestaat. Het betreft de verhaalbaarheid van kosten voor bijstand bij een gerechtelijke invordering, en met name de omvang van de toegekende rechtsplegingsvergoeding. Of een schuldeiser die gelijk krijgt van de rechter, recht heeft of niet op een rechtsplegingsvergoeding in evenredigheid met het hem toegekende, hangt immers onder meer af van de financiële draagkracht van de wederpartij. Dat de kosten die een verliezende partij aan de staat moet betalen voor de werking van het gerecht verschillen naargelang de draagkracht van een partij, is verdedigbaar – de overheid heeft binnen zekere grenzen de keuze tussen een retributie of een belasting. Maar waarom zou in de horizontale verhouding tussen partijen de partij die ten onrechte werd gedagvaard dan wel verplicht werd om te dagvaarden omdat de tegenpartij zijn verplichtingen niet nakomt, zijn advocatenkosten wel of niet kunnen recupereren al naargelang die tegenpartij financieel draagkrachtig is of niet? Het antwoord van het Grondwettelijk Hof in overweging B.14.3. van arrest 182/2008 (11) is ontwapenend en bedenkelijk tegelijk:

(11) GwH nr. 182/2008 van 18 december 2008, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2008/2008-182n.pdf>.

“Het feit dat een in het gelijk gestelde rechtzoekende zich bevindt tegenover een in het ongelijk gestelde partij die juridische tweedelijnsbijstand geniet” (d.i. minvermogend is) “en bijgevolg geheel of gedeeltelijk ervan zou kunnen worden vrijgesteld de rechtsplegingsvergoeding te betalen maakt overigens deel uit van de wisselvalligheid van de procedure, zolang het feit dat iedere rechtzoekende kan worden geconfronteerd met een insolvente tegenpartij. De wetgever kan niet verweten worden geen rekening te hebben gehouden met die wisselvalligheden”.

Op die manier wordt procederen een loterij, en mag wie geen geld heeft (of het kan wegsteken) daarin wellicht gratis gokken. Indien men meent dat de kosten van een proces een risico vormen, dat gesocialiseerd moet worden opdat ook minvermogenden toegang zouden behouden, dient men daarvan een tak van de sociale zekerheid te maken in plaats van die kosten te doen dragen door die partij die de pech heeft de processuele wederpartij van de minvermogende te zijn. De redenering van wetgever en Grondwettelijk Hof in deze is eigenlijk geen andere dan de *deepest pocket rule*, die inhoudt bij een schadegeval de rijkste – of de best verzekerde - moet betalen. Nog boeiender voor mij is dat in het arrest van het Grondwettelijk Hof de insolventie als paradigma voor het recht wordt gekozen. Of een rechtsregel rechtvaardig is of niet, wordt niet meer gemeten aan de maatstaf van de rechtvaardigheid, ongeacht of dat nu de vergeldende of de verdelende is, maar aan de maatstaf van de insolventie. De ambitie van het recht is gereduceerd tot een rechtsbescherming die niet slechter is dan in geval van faillissement.

11. De ontwikkeling van het recht in de voorbije twee eeuwen die ik schetste, werd recent ook grondig geanalyseerd in het doctoraat van Philippe Thion, *Wetgeving en alternatieven, Van staatssoevereiniteit tot normaliteitsbeheersing*(12). In zijn ongemeen rijke analyse kunnen we geschematiseerd eveneens een viertal perioden onderscheiden. In de premoderne periode is het recht de representatie of vertaling van een objectieve waardenorde. Vervolgens vinden we in de late achttiende en de negentiende eeuw een opvatting van het recht als bevel van de overheid, minstens in het publiekrecht (“*command and control*”), met bijzondere aandacht voor onder meer de openbare veiligheid en openbare gezondheid. In de twintigste eeuw wordt het recht gedomineerd door de idee van de welvaartsstaat en *welfare capitalism*. Dit spoort met de visie op recht als belangenafweging die in onze faculteit dominant was en wellicht nog is. Bijzonder boeiend wordt Thion wanneer hij de meest recente ontwikkelingen analyseert en karakteriseert, namelijk als *therapeutisch recht*, en dit in uiteenlopende rechtsgebieden als

(12) Ph. THION, *Wetgeving en alternatieven, Van staatssoevereiniteit tot normaliteitsbeheersing* (Brussel: Larcier 2011).

onder meer welzijnsrecht, gezondheidsrecht, familierecht, aansprakelijkheidsrecht, vreemdelingenrecht en procesrecht(13).

12. In dat therapeutisch recht bestaat het recht minder en minder uit klassieke rechtsregels in de vorm van gedragsregels. Het recht houdt zich niet meer enkel bezig met de uitwendige gedraging van de mens, maar steeds meer met zijn mentaliteit, zijn geweten, zijn ingesteldheid. Ook de werkwijze van het rechtssysteem is fundamenteel verschillend van het klassieke recht. Het hedendaagse “reguleringsapparaat” opereert volgens Thion typisch in drie fasen, namelijk identificatie, normalisering en evaluatie.

1° Identificatie : door middel van “sociaalwetenschappelijke observatie” wordt de sociale werkelijkheid in kaart gebracht en de informatie gecentraliseerd en gekoppeld; de aandacht gaat vooral naar alles wat als een sociaal “risico” wordt gepercipieerd. De werkelijkheid wordt hierbij dus veel minder in juridische categorieën ontleed; de concrete mens wordt vervangen door een abstracte mens waarvan de identiteit wordt bepaald door die componenten waarvoor in het model van de sociale wetenschappen een plaats is voorzien(14). Dit zogezegd primaat van de feiten over het recht leidt volgens Thion in navolging Focué en 't Hart tot de ontmanteling van de “contrafactische dimensie” van het recht en de rechtssubjectiviteit, die de mens een plaats biedt om zich te beschermen tegen de macht, en tot het oprukken van een weten dat het totale leven van de individuele mens wil kunnen omvatten(15)

2° en 3° Normalisering en evaluatie: een hele reeks aspecten van het menselijk gedrag wordt afgezonderd in nieuwe classificaties van mensen – denk in het bijzonder aan de kansarme, de patiënt of de consument - op basis waarvan zogenaamd functionele rechtsgebieden worden ontwikkeld. De bedoeling daarvan is om dat aspect van het gedrag in evenwicht te brengen, dit wil zeggen te normaliseren zodra een bepaalde drempel van abnormaliteit wordt overschreden. Dat normalisatieproces wordt gevolgd door de verplichting tot rapportage, op basis waarvan de sociaalwetenschappelijke

(13) In de Amerikaanse rechtsleer wordt de uitdrukking *therapeutic jurisprudence* in een engere betekenis gebruikt, namelijk als wetenschap die de invloed van het recht op de emoties en de mentale gezondheid van mensen bestudeert, inbegrepen de eventuele helende werking van het recht, en vandaar ook als een vorm van beoefening van het recht die zich daarom bekommert. Zie voor een overzicht David B. WEXLER en Bruce J. WINICK, “Therapeutic jurisprudence”, in: R.K. Ries (ed.), *Principles of Addiction Medicine* (4^e uitg. 2009), ook op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1101507.

(14) R. FOCUÉ en A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming, Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie* (Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint 1990), p. 229.

(15) R. FOCUÉ en A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, pp. 229-231; Ph. Thion nr. 301: “het recht dient over autonome en abstracte categorieën te beschikken - al dan niet via de rechtssubjectiviteit - waarbinnen mensen zichzelf kunnen definiëren en positioneren en waarbinnen zij hun vrijheid kunnen realiseren tegenover een omvattend netwerk van op kennis en beheersing gerichte instellingen”.

informatie wordt aangevuld en de normalisatie kan worden bijgestuurd. De burger wordt van rechtssubject steeds meer rechtsobject, object van regulering en correctie, van allerlei strategieën en maatregelen die een ander soort mens met een andere mentaliteit willen creëren - of toch minstens aan management van emoties willen doen(16) – maar zonder dat te doen in de termen van de klassieke ethiek(17). Het gaat daarbij veel minder om een objectieve waardenorde als om een “*culture of fear*” of “*therapy culture*” die de samenleving analyseert in termen van risico(18).

13. De normalisering houdt in dat het nieuwe recht door het activeren van allerlei “actoren” – zowel de betrokkenen als allerlei bemiddelaars, juristen zowel als niet-juristen – het sociaal evenwicht moet herstellen. Dit zien we bijvoorbeeld ook in het procesrecht, waar onder meer de proceseconomie, de actieve rol van de rechter, de collectieve actie en de bemiddeling instrumenten zijn van deze normalisatie. Deze normalisatie vindt steeds minder plaats door “rechtsbedeling”, dit is in het kader van het klassiek rechtsgeding gevoerd tussen de partijen voor de rechter, en steeds meer door het organiseren van allerhande andere soorten “processen” met behulp van uiteenlopende actoren uit de samenleving, die evenwel géén magistraten- of ander openbaar ambt uitoefenen. Heel kenmerkend voor mij is dat er in deze werkwijze geen duidelijk afgebakende rechten en verantwoordelijkheden zijn, en dat in het bijzonder ook de taak en verantwoordelijkheid van de overheid niet langer duidelijk bepaald is. Men spreekt hier vaak van responsabilisering van de samenleving, maar het gaat toch vooral om een deresponsabilisering van het rechtssysteem en van de overheid. De kosten voor de handhaving van de rechtsorde worden bij steeds toenemende regulering steeds minder gedragen door de openbare dienst zelf, de rechtsbedeling, en steeds meer door het “veld” dat daarvoor dan op uiteenlopende wijzen wordt gesubsidieerd. Dit houdt ook in dat een relatief transparant systeem van verdelende rechtvaardigheid via belastingen vervangen wordt door veel minder transparante geldstromen. Taken van openbare dienst

(16) Zoals F. FUREDI het omschrijft in zijn boek *Therapy Culture: Cultivating Vulnerability in an Uncertain Age* (London: Routledge 2004).

(17) Vgl. R. FOQUE en A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, p. 224: de sociale wetenschappen willen cohesie realiseren door het sociale klinisch en wetenschappelijk te benaderen in plaats van moralistisch.

(18) In een eerdere fase werd dit gethematiseerd door auteurs die in de traditie stonden van een ethisch bevragen van de moderniteit, in het bijzonder Ulrich BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1986), die benadrukte dat het in de huidige tijd niet meer primair gaat om een gerechte verdeling van rijkdom maar veeleer om een gerechte verdeling van de risico's die de moderne technologische samenleving produceert (zie verder ook U. BECK, A. GIDDENS en S. LASJ, *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order* (Cambridge: Polity Press 1994). In de hedendaagse regulering ontbreekt dit ethisch perspectief en worden steeds meer activiteiten van het dagelijks leven zelf als risico's gezien en steeds meer mensen als kwetsbaar daarvoor en met nood aan therapie. Zie voor de kritiek in het bijzonder de geschriften van F. FUREDI, onder meer *Therapy culture*, en *Culture of fear* (London en New York: Continuum 1997, herziene uitgave 2006).

worden afgestoten naar de private sector, weliswaar hevig gereguleerd en onder toezicht van allerlei toezichthouders: schuldbemiddeling, ondernemingsbemiddeling, notariaat (geen homologatie huwelijkscontracten, register testamenten en huwelijkscontracten, binnenkort wellicht ook de registratie), gerechtsdeurwaarders (organisatie beslagregister), of ze worden omzeggens geheel gedereguleerd, zoals de arbitrage en andere vormen van alternatieve geschillenbeslechting(19). De financiering daarvan gebeurt op diverse manieren door diverse categorieën van personen die als gebruikers worden gekwalificeerd.

Desondanks, of misschien juist daardoor, blijft de inmenging van de overheid in private verhoudingen toenemen(20); steeds meer gewone activiteiten des levens, zoals bv. het opvoeden van kinderen, mogen enkel nog gebeuren onder het toezicht van door de staat gesanctioneerde “deskundigen”(21). De inmenging gebeurt dus steeds vaker door het inzetten van niet-statelijke actoren, waardoor minder opvalt dat het de overheid is die tussenkomt en meer de indruk wordt gewekt dat het de samenleving is – wat die samenleving ook moge zijn -. De verstaatsing verbergt zich achter een socialisering. Deze gaat wel gepaard met een verlies aan beslissingsbevoegdheid voor de onafhankelijke magistratuur en een verschuiving van macht naar andere actoren, grotendeels niet-juristen zoals artsen, psychologen, pedagogen, sociaal assistenten en andere soorten therapeuten, en naar allerlei niet-gouvernementele organisaties – maar ook ratingbureaus en anonieme “financiële markten”, actoren en organisaties waarvan de rol steeds meer wordt geïnstitutionaliseerd. Op wetgevend vlak leidt dit ertoe dat het parlement en dus de democratie steeds meer buitenspel staat(22) en tegelijkertijd de *civil society* afhankelijk wordt gemaakt van overheidsmanna, zodat die private actoren hun onafhankelijkheid en daarmee wellicht ook hun kritische zin verliezen. Die actoren worden ook vaak samengebracht in allerlei organisaties die de indruk moeten wekken om de samenleving te vertegenwoordigen, waarbij evenwel de samenstelling van die organisaties vaak precies aan de normale democratische legitimatie van verkiezingen wordt onttrokken en er voor de aanstelling vaak een partijdige vorm van expertise vereist wordt.

(19) Voor een kritische blik op de privatisering van rechtsbedeling door alternatieve geschillenbeslechting, zie onder meer P.H. LINDBLOM, “ADR – The Opiate of the Legal System?”, ERPL 2008, 63 v.

(20) Zie daarvoor o.a. ook P. KIRCHHOF, *Das Gesetz der Hydra. Gebt den Bürgern ihren Staat zurück* (München: Droemer 2006).

(21) Zie de rake analyse van de transformatie van de welvaartsstaat door James PANTON, “On the welfare state”, *Spiked online* 21 april 2010, <http://www.spiked-online.com/index.php/site/article/8632/>.

(22) Ph. THION, *Wetgeving en alternatieven, Van staatssoevereiniteit tot normaliteitsbeheersing*, nr. 450.

14. Bij dit alles moet men de vraag stellen in welke mate er nog sprake is van een rechtsstaat. Thion zelf ziet in deze ontwikkeling het wijken van de waarborgfunctie van het recht voor een discours van doelmatigheid en doeltreffendheid van beleid⁽²³⁾. Maar er is meer aan de hand. Zoals Philippe Nemo heeft beschreven in zijn prachtig essay “*Qu’est-ce que l’occident*”⁽²⁴⁾ ligt de oorsprong van de rechtsstaat in de Griekse polis, en met name in de idee van de *nomocratie*, de regering door middel van wetten als algemeen geldende regels en niet door de flexibele wil van de beleidsmaker. *Rule of law* staat tegenover *rule of men*, en naarmate het “apparaat” almaar minder werkt door middel van de toepassing van rechtsregels in de vorm van algemeen geldende gedragsregels, is er almaar meer *rule of men* en steeds minder *rule of law*, dus steeds minder rechtsstaat.

Dit heeft ook gevolgen voor onze activiteit als rechtsfaculteit: in zo’n context verlangt men van de rechtswetenschap steeds vaker dat ze als *ancilla* van de nieuwe theologie beleidsgericht onderzoek aflevert en de eigen doeleinden van het recht terzijde stelt. Hopelijk behouden wij de veerkracht om daartegenover kritisch te blijven.

B. IN HET INSOLVENTIERECHT

15. Keren we terug naar het insolventierecht. In welke mate vinden we daar de hierboven geschetste ontwikkelingen en instrumenten? Enige nuance is nodig, maar heel wat elementen vinden we inderdaad.

1. Horizontalisering sociale grondrechten als loterij

16. Zelfs het insolventierecht is in de ban geraakt van de nieuwe mensenrechten. De insolventie van een mens – door de wetgever geklasseerd als “natuurlijke persoon” - die geen handelaar is, is sinds de invoering van de collectieve schuldenregeling in 1998 geheel in het teken geplaatst van het “recht op een menswaardig leven”, dit is het overkoepelend “sociaal grondrecht” van artikel 23 Grondwet, ingevoerd in 1994. Opvallend is ook dat de rechtsfiguur teleologisch wordt omschreven en niet nomocratisch; artikel 1675/3 geeft immers geen definitie van deze nieuwe rechtsfiguur, maar beschrijft het doel ervan: “*de aanzuiveringsregeling strekt ertoe de financiële toestand van de schuldenaar te herstellen, met name hem in staat te stellen in de mate van het mogelijke zijn schulden te betalen en tegelijkertijd te waarborgen dat hij zelf en zijn gezin een menswaardig leven kunnen leiden*”.

(23) Ph. THION, *Wetgeving en alternatieven, Van staatssoevereiniteit tot normaliteitsbeheersing*, nr. 450.

(24) Paris: PUF 2004.

Wat evenwel van bij het begin wordt verdonkeremaand is dat hiermee aan dat recht op een menswaardig leven, anders dan men ons bij de invoering van het sociaal grondrecht heeft wijsgemaakt – nl. dat artikel 23 Grondwet enkel indirecte aanspraken op de overheid verleent⁽²⁵⁾ -, horizontale werking wordt gegeven. Het recht op een menswaardig leven leidt hier namelijk niet tot een materiële aanspraak op de overheid, zoals bv. het leefloon, maar op aanspraken jegens medeburgers, namelijk de schuldeisers. De overheid garandeert het menswaardig leven op kosten van de schuldeisers.

Zoals ik hiervoor heb uitgelegd, heeft dit met verdelende rechtvaardigheid niets te maken. Die is in de hele regeling maar heel beperkt present, nl. in de mate waarin de kredietverleners en enkele andere actoren die zouden hebben bijgedragen tot de overmatige schuldenlast volgens een bepaalde coëfficiënt bijdragen moeten betalen voor het *Fonds ter Bestrijding van de Overmatige Schuldenlast* en daarmee instaan voor de kosten van het therapeutisch proces zelf (zie art. 20 Wet 5 juli 1998 betreffende de Collectieve schuldenregeling).

De kosten van kwijtschelding, die naar de schuldeisers worden doorgeschoven, worden weliswaar in beginsel proportioneel op hen afgewenteld (art. 1675/13 GerW – met de belangrijke nuance dat zekerheidsrechten op bestaande goederen geëerbiedigd blijven), maar daarbij kan men dan nog steeds de vraag stellen of dit wel evenredig is met de mate waarin deze schuldeisers al dan niet door enige nalatigheid hebben bijgedragen tot die schuldenlast (wel is er hier een beperkte correctie doordat geen kwijtschelding mogelijk is voor niet vervallen onderhoudsgelden en schadevergoeding voor het herstel van een lichamelijke schade veroorzaakt door een misdrijf, 1675/13 § 3). Meer nog, in beginsel gaat het juist enkel om schuldeisers die men op dat punt geen enkele nalatigheid kan verwijten, aangezien in het tegenovergestelde geval hun schuldvordering reeds zou moeten zijn vervallen of ingeperkt op grond van de desbetreffende bepalingen uit het contractrecht – zoals in de wetgeving inzage Consumentenkrediet. Bovendien is er op die proportionele afwenteling nog een belangrijke nuance in 1675/12 § 5, opnieuw gebaseerd op het mensenrecht van de insolvente persoon en zonder enig redelijk verband met de gedraging van de schuldeisers die daar al dan niet van genieten: “*de rechter moet toezien op de prioritaire betaling van de schulden die het recht van de verzoeker en zijn gezin om een menswaardig leven te leiden in het gedrang brengen*”.

17. Dat recente ontwikkelingen in het insolventierecht weinig met rechtvaardigheid en veel met loterij te maken hebben zien we ook in de regels

(25) Zie daarvoor de verklaringen in de parlementaire bespreking, en met name *Stukken Senaat B.Z.* 1991-92, Stuk nr. 100-2/4, Verslag van de werkzaamheden van de werkgroep “Economische en sociale grondrechten”, in het bijzonder p. 84-91 (ook op <http://www.senate.be/lexdocs/S0528/S05281182.pdf>).

inzake de bevrijding van de zogenaamd kosteloze borg. Deze borg kan behalve in geval van het organiseren van bedrieglijk onvermogen in vele gevallen bevrijd worden van zijn verbintenis indien die onevenredig is met zijn inkomsten en vermogen op dat ogenblik, dit ook zonder dat deze een collectieve schuldenregeling moet ondergaan. Deze exorbitante regel hebben we te “danken” aan de mensenrechtelijke bijziendheid van het Grondwettelijk Hof, dat in zijn arrest van 28 maart 2002(26) oordeelde dat dit nodig was met het oog op het na te streven doel, namelijk “*op evenwichtige wijze rekening te houden met de verschillende belangen in geval van faillissement en te zorgen voor een menselijke regeling waarbij de situatie van alle betrokken partijen in aanmerking wordt genomen*”. Nochtans wordt bij de beoordeling van de bevrijding van de borg géén rekening gehouden met de situatie van de schuldeiser

Mijn kritiek geldt daarentegen niet voor de regel van artikel 2043 *sexies* § 2 BW, die een borgtocht nietig verklaart die reeds bij het sluiten van de overeenkomst kennelijk niet in verhouding is tot de terugbetalingsmogelijkheden van de borg, beoordeeld in het licht van de goederen en inkomsten van deze laatste. Deze in 2007 ingevoerde regel is veel gemakkelijker verzoenbaar met de beginselen van privaatrecht. Meer nog: het toepassingsgebied daarvan is m.i. te beperkt, dit ingevolge een uiterst restrictieve interpretatie van het begrip kosteloze borg door het Hof van Cassatie, die zeer begrijpelijk is, zeker ten aanzien van de exorbitante bevrijdingsregeling, maar tot een erg onevenwichtig resultaat leidt, in het bijzonder bij de beoordeling van de geldigheid van de overeenkomst: beschermd wordt immers enkel de borg die geen enkel rechtstreeks of onrechtstreeks belang heeft bij de borgtocht. Mij lijkt het dat de borg die zich borg stelt zonder enig belang, zij het een indirect of moreel belang, nog moet worden gevonden(27), of het moest zijn dat in zijn geval de borgtochtovereenkomst al nietig is wegens geestesziekte.

Natuurlijk is de afwenteling van de kosten van persoonlijke insolventie op de schuldeisers klein bier vergeleken met de massale hold-up die quasi straffeloos wordt gepleegd door een groot deel van de financiële sector, maar bespreking daarvan hier zou ons te verleiden.

(26) Arbitragehof nr. 69/2002 van 28 maart 2002, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2002/2002-069n.pdf> = *RW* 2002-2003, 457 afkeurende noot C. LEBON = *TBH* 2002, 437, verder ook scherp bekritiseerd door onder meer G.A. DAL, *JT* 2003, (633) 636, F. 'T KINT en W. DERJUCKE, “Une caution n’est pas l’autre: sévérité jurisprudentielle passée dans l’attente d’une bienveillance législative à venir (?)”, *TBH* 2002, (411) 414 v.

(27) Vgl. de uitvoerige en beeldrijke motivering van Hof Gent 8 januari 2007, *RW* 2007-2008, 1631 n. B. VAN BAEVEGHEM, evenwel verbroken door Cass. 26 juni 2008.

2. Informatie tot zekerheid ?

18. In het insolventierecht is ook duidelijk sprake van een toename van observatie, informatievergaring en centralisatie daarvan. Wel is een groot deel van die informatie nog steeds veeleer juridische dan sociaalwetenschappelijke informatie, zoals bv. de informatie op het hypotheekkantoor, in het centraal beslagberichtenbestand(28), in de centrale voor kredieten aan particulieren, de centrale voor kredieten aan ondernemingen, de balanscentrale van de Nationale Bank (jaarrekeningen) of de informatie over de vermogenstoestand die de schuldbemiddelaar kan inwinnen op grond van artikel 1675/8 GerW en de gegevensverzameling op de griffies van koophandel overeenkomstig artikel 8 WCO. Maar er zijn ook andere voorbeelden. De kamers voor handelonderzoek verzamelen niet enkel juridische maar ook economische informatie over ondernemingen. De persoon die een gerechtelijke reorganisatie aanvraagt moet volgens artikel 17 § 2, 1° WCO een uiteenzetting geven van de gebeurtenissen waarop zijn verzoek is gegrond; de persoon die een collectieve schuldenregeling aanvraagt moet “de redenen van de onmogelijkheid om zijn schulden terug te betalen” opgeven (art. 1675/4 Ger.W), wat al duidelijker past in de therapeutisering van het recht. En in een procedure van collectieve schuldenregeling of van gerechtelijke reorganisatie is er een eerste fase die men gerust de observatiefase kan noemen.

Daarnaast vindt er wel degelijk een sociaalwetenschappelijke observatie van solventie en insolventie plaats, en het is typerend dat dit eveneens gebeurt buiten de gerechtelijke instellingen om, en bij voorkeur door gesubsidieerde NGO's, zoals bv. het “Vlaams Centrum Schuldenlast” of het “Observatorium van Krediet en Schuldenlast”. Dat laatste heeft tot doel:

“elke vorm van onderzoek en actie inzake krediet en schuldenlast te promoten: vergaderingen, informatie, opleidingen, onderzoek, centralisering en verwerking van de economische, sociale en juridische gegevens. Het multidisciplinaire team bestaat uit juristen, economen, politicologen en sociologen, in functie van de projecten, subsidies en interne noodwendigheden. Het “Observatorium” neemt actief deel aan onderzoeksprogramma's die de economische en sociale rol van krediet aan particulieren uitdiepen. Het stelt analysemiddelen en informatiemiddelen op juridisch en economisch vlak ter beschikking. Wat betreft preventie van en ondersteuning bij schuldoverlast verleent het advies en specifieke raadgeving aan schuldbemiddelingscentra”.

(28) Officieel “Centraal bestand van berichten van beslag, delegatie, overdracht, collectieve schuldenregeling en protest”, art. 1389bis/1 Ger.W.

In deze organisaties zijn dan allerlei “actoren” vertegenwoordigd, zowel openbare besturen, beroepsorganisaties als private verenigingen.

19. Opvallend is m.i. dat deze nieuwe informatiebronnen in tegenstelling tot de traditionele bronnen zoals het hypotheekkantoor in grote mate níet ter beschikking staan van private schuldeisers of contractanten en dus geen “informatie tot zekerheid” verschaffen. Zo is de raadpleging van het Centraal beslagberichtenbestand voor advocaten en gerechtsdeurwaarders(29) beperkt tot het geval waarin deze belast zijn met “*een invorderingsprocedure ten gronde of bij wijze van beslag tegen een bepaald persoon*” (art. 131 § 1 GerW) en mag ze dus niet gebeuren op het ogenblik waarop men krediet verleent ! Hieruit blijkt dat deze databanken instrumenten zijn voor de overheid en niet voor de burger, behalve dan in het geval waarin het erom gaat gerechtelijke beslissingen te executeren, of een insolvente boedel te verffenen(30). Ook andere nieuwe informatiebronnen moeten vooral aan de overheid de mogelijkheid geven om zich steeds meer te mengen in private verhoudingen, zoals de verplichte registratie van alle huurcontracten, de steeds verdere afschaffing van het bankgeheim – nochtans in eerdere tijden gezien als een fundamentele waarborg tegen totalitarisme(31), enzovoort. Aldus ontstaat er stilaan een vermogenskadaster dat niet ten bate is van alle schuldeisers, maar slechts van één enkele, namelijk de overheid zelf in de persoon van de fiscus en de instellingen van de sociale zekerheid.

3. Categorisering en dualisering van het insolventierecht

20. Ook in het insolventierecht geldt dat er vandaag nauwelijks nog een gemeen recht is dat voor alle rechtssubjecten gelijkelijk geldt, en dat is zowel de verantwoordelijkheid van de wetgever als van de rechters. De verkoking is in recente jaren toegenomen.

Zo bestaat er sedert 1998 – en slechts sindsdien – een aparte collectieve procedure voor insolvente natuurlijke personen die geen handelaar zijn, de collectieve schuldenregeling. Dat men een onderscheid maakt tussen natuurlijke personen en rechtspersonen zou al een stuk begrijpelijker zijn: de eersten moeten immers nog verder een menswaardig bestaan kunnen

(29) Zie voor een uitvoeriger bespreking S. BRIJS, “Het centraal bestand van beslagberichten: gevolgen voor de praktijk”, *Themis Cahier nr. 73, Insolventierecht* 2012.

(30) Zie ook 1675/8 vergaren van informatie door schuldbemiddelaar, met zeer opvallend en verregaand: “*Ingeval de schuldbemiddelaar het nodig acht aanvullende inlichtingen over de vermogenstoestand van de verzoeker in te winnen, kan hij de rechter vragen dat de derden die aan het beroepsgeheim of aan de discretieplicht zijn onderworpen, daarvan worden ontheven en dat hen wordt bevolen de gevraagde inlichtingen te verstrekken*” (ongrondwettig verklaard w.b. advocaten door arrest nr. 129/2006 van het GwH).

(31) Michael STÜRMEER, “Das Bankgeheimnis war eine bürgerliche Bastion”, *Die Welt* 2. April 2009, www.welt.de/politik/article3492172/Das-Bankgeheimnis-war-eine-buergerliche-Bastion.html.

leiden, de tweeden niet. Maar dat is niet het onderscheid dat men hanteert. De gehanteerde categorieën zijn dan ook in meerdere opzichten problematisch, zoals overigens blijkt uit een recent arrest van het Grondwettelijk Hof over de vraag of ook landbouwers een gerechtelijke reorganisatie kunnen aanvragen in plaats van een collectieve schuldenregeling, wat volgens het Hof moet kunnen(32). Logischerwijze moet dit dan ook kunnen voor vrije beroepers.

De regels voor insolvente handelaars en niet-handelaars zijn nog verder uit elkaar gegroeid ten gevolge van enkele problematische arresten.

21. Zo heeft het Hof van Cassatie in 2004 beslist dat bij een collectieve schuldenregeling de interest voor de periode na opening van de procedure niet louter wordt achtergesteld zoals bij faillissement, maar gewoonweg niet verschuldigd is, en dat ditzelfde geldt voor de interest die wordt verzekerd door een zakelijke zekerheid zoals een hypotheek(33).

22. In 2008 volgde een van de meest onzinnige arresten die het Grondwettelijk Hof heeft geveld in het privaatrecht - al kan dat over de kosteloze borg ermee wedijveren -, namelijk dat over de gelding van nettingovereenkomsten in geval van samenloop met andere schuldeisers(34). Een nettingovereenkomst is een modieus woord voor een overeenkomst tot schuldvergelijking. De wetgever had voor een keer verstandig gehandeld door dergelijke overeenkomsten hetzelfde rechtsgevolg te geven ongeacht de hoedanigheid van de partijen, maar was zo onverstandig om die regel niet in het BW op te nemen maar in een bijzondere Wet op de Financiële Zekerheden 2004. Het Hof vond het discriminerend dat een schuldeiser door het sluiten van zo'n zekerheidsovereenkomst een deel van het actief (namelijk de zogenaamde passieve schuldvordering) kan onttrekken aan de andere schuldeisers in een collectieve schuldenregeling, terwijl de toepassing van dezelfde regel in geval van insolventie van een handelaar door het Hof wel gebillijkt werd. Het arrest bevat enkele manifeste incongruenties, die ik verder nog kort bespreek; bovendien geeft het arrest geen enkel argument waarom het een

(32) GwH, arrest nr. 24/2013, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2013/2013-024n.pdf>.

(33) Cass. 23 april 2004 (2 arresten), nrs. C.03.0140.F en C.03.0017.F, *Credite t. Morreale e.a. en Credite t. Roscheck-Loyen e.a.*, *JLMB* 2004, 1046 = *Jaarboek kredietrecht* 2003, 289, zo beslist op grond van de letter van art. 1675/7 GerW en een stellingname in de parlementaire voorbereiding (zie *Stukken Kamer* 1997-98, nr. 1073/11, p. 46) De Nederlands-talige kamer is gevolgd in het arrest Cass. 15 oktober 2004, C.02.0442.N, *jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20041015-3 = RW* 2004-2005, 704 = *T.Not.* 2005, 21 v. noot S. MOSSELMANS, "Hypothecair gewaarborgde interest in geval van verkoop uit de hand van een onroerend goed bij collectieve schuldenregeling".

(34) GwH, arrest nr. 167/2008 van 27 november 2008, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2008/2008-167n.pdf> = *NjW* 2008, 926 n. E. DIRIX 'Nettingovereenkomsten': niet voor broekjes" = *JLMB* 2009, 821 afkeurende noot F. GEORGES = *TBH* 2009, 502 afkeurende noot R. HOUBEN. Vgl. Ook de kritiek van F. GEORGES bij arrest nr. 54/2006 van het GwH, *JT* 2006, (702) 703.

onderscheid maakt tussen de samenloop tussen schuldeisers van een handelaar en die tussen schuldeisers van een niet-handelaar; en het veegt het verweer dat de Europese insolventieverordening daartussen geen onderscheid maakt eveneens zonder enig argument van tafel. Aldus heeft het Hof de verkokering van het insolventierecht versterkt. De wetgever is vervolgens zo dom geweest om dit onzinnig arrest in wetgeving om te zetten in plaats van gemotiveerd weerwerk te bieden(35).

23. In 2010 volgde een even onzinnig arrest van de eerste Franstalige kamer van het Hof van Cassatie inzake eigendomsvoorbehoud, dat omwille van het feit dat het eigendomsvoorbehoud geregeld is in de Faillissementswet en niet in het BW(36), weigerde het te erkennen bij samenloop buiten faillissement, met name bij collectieve schuldenregeling(37) en bovendien weigerde om het Grondwettelijk Hof te bevragen over deze discriminerende behandeling van een leverancier naargelang er sprake is van een faillissement, dan wel van beslag of collectieve schuldenregeling.

Zoals collega Dirix schreef, gaat het hier om beslissingen die niet op enige empirische grondslag berusten en niet zelden zijn ingegeven door gevoelsargumenten(38).

4. Outsourcing en dejustitialisering

24. Wanneer we vervolgens kijken naar de therapieën die in het insolventierecht werden ontwikkeld voor deze verschillende categorieën van personen, namelijk de collectieve schuldenregeling en de gerechtelijke reorganisatie – en in zekere mate ook de vereffening van rechtspersonen –, dan herkennen we ook daar vele van de hoger geschetste fenomenen. Beide procedures

(35) Wijziging van art. 14 en 15 van de Wet Financiële Zekerheden door de Wet van 26 september 2011. Opvallend is ook dat die wijziging het gevolg is van een amendement dat op het allerlaatst, toen het wetsontwerp reeds in bespreking was, werd toegevoegd, en de regering een onmiddellijke behandeling eiste.

(36) Natuurlijk, de wetgever had het eigendomsvoorbehoud in het BW moeten regelen en niet in de Faillissementswet, maar wanneer de bepaling van art. 4 van de Richtlijn 2000/35 van 29 juni 2000 betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, diende te worden omgezet in het Belgische recht, verklaarde de federale overheid wel dat er geen aanpassing van het Belgische recht nodig was omdat die regel van art. 101 Faillissementswet toch algemeen gold. Ook verplicht de Europese Insolventieverordening ons om in grensoverschrijdende gevallen de collectieve schuldenregeling op dit punt te behandelen zoals een faillissement.

(37) Cass. 7 mei 2010, nr. C.09.0317.F, eveneens de 1e Franstalige kamer, door mij uitvoerig becommentarieerd in M.E. STORME, “Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van cassatie lijdt aan fantoompijn”, *RW* 2011-2012, p. 254 v. (ook op storme.be/075_A0254.pdf).

Terecht anders was bv. geoordeeld door Hof Antwerpen 18 november 2002, *DAOR* 2002/63, 290 = *RW* 2003-2004, 629 (vereffening vennootschap); Besl. agr. Leuven 26 oktober 1999, *RW* 2001-2002, 32 (collectieve schuldenregeling).

(38) E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”, *RW* 2011-12, p. (76) 78.

worden in de wet teleologisch omschreven, aan de hand van hun doel. Voor de collectieve schuldenregeling is dat zoals hoger gezegd *“de financiële toestand van de schuldenaar te herstellen, met name hem in staat te stellen in de mate van het mogelijke zijn schulden te betalen en tegelijkertijd te waarborgen dat hij zelf en zijn gezin een menswaardig leven kunnen leiden”*, voor de gerechtelijke reorganisatie: *“de procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten”* (art. 16 I WCO). In beide gevallen beoogt de wet een soort van herstel van het sociaal evenwicht.

Voor dat doel worden vervolgens meerdere instrumenten aangereikt en allerlei “actoren” betrokken(39), in regelingen die ook op dit punt duidelijk verschillend zijn voor ondernemingen en particulieren. Daarbij wordt in grote mate afstand gedaan van de waarborg van een beslechting van vragen door een onpartijdige rechter aan de hand van vooraf bepaalde rechtsregels. Waar de rechter nog tussenkomt, is hij maar in beperkte mate aan rechtsregels gebonden, zoals blijkt uit de lezing van de wetteksten:

- bij collectieve schuldenregeling *“kan de rechter, mits eerbiediging van de gelijkheid onder schuldeisers, een gerechtelijke aanzuiveringsregeling opleggen die de volgende maatregelen kan bevatten: (...)”* (Art. 1675/12 GerW); *“indien de maatregelen voorzien in artikel 1675/12, § 1, niet volstaan om de in artikel 1675/3, derde lid, genoemde doelstelling te bereiken, kan de rechter, op vraag van de schuldenaar, besluiten tot elke andere gedeeltelijke kwijtschelding van schulden, zelfs van kapitaal onder de volgende voorwaarden: (...)”* (art. 1675/13 GerW). De bevrijdingsmogelijkheid is níét onderworpen aan een voorwaarde van “goede trouw” bij de oorzaken van de oververschuldiging (“geen moraliteitstest”, schrijft Dirix(40)), wel aan een voorwaarde van medewerking eenmaal de procedure gestart, m.a.w. bereidheid tot “therapie”. Mijn ervaring is daarbij dat enige ondernemingszin niet bepaald tot voordeel strekt, integendeel – men kan zich beter zoveel mogelijk als “patiënt” gedragen wil men bevrijding bekomen. Hier laat de activering dus veeleer te wensen over(41).

- In de procedure tot gerechtelijke reorganisatie oefent de rechter eigenlijk maar een marginale controle uit, zowel bij de opening van de procedure als bij de homologatie van voorstellen.

(39) Vgl. ook de synthese door E. DIRIX, in *RW* 2011-12, p. (74) 77 nr. 7.

(40) in *RW* 2011-12, p. (74) 75. Er geldt enkel de beperking dat men niet kennelijk zijn onvermogen mag hebben bewerkstelligd.

(41) Zo ook w.b. collectieve schuldenregeling V. HOOGHE, *De collectieve schuldenregeling. Vloek of zegen*, openingsrede jonge balie Kortrijk 9 november 2012 (Gent: Larcier 2012), p. 68 v.

25. De waarborgfunctie van het recht wordt grotendeels vervangen door genegotieerde oplossingen door tussenkomst van bemiddelaars. Zoals in andere nieuwe rechtstakken worden duidelijk afgebakende subjectieve rechten vervangen door een genegotieerde en steeds bijstuurbare regeling die in beginsel voorziet in een traject van aanzuivering, reorganisatie, integratie, resocialisering of dergelijke(42). In de collectieve schuldenregeling moet de schuldbemiddelaar een minnelijke aanzuiveringsregeling proberen te bereiken door het akkoord van alle schuldeisers, die natuurlijk ook wel beseffen dat bij gebreke van akkoord de rechter toch een aanzuiveringsregeling zal opleggen op basis van de vage norm die hem dat toestaat. In de gerechtelijke reorganisatie gaat men een stap verder en volstaat een goedkeuring van een reorganisatieplan door een meerderheid van schuldeisers die de helft van de aanvaarde schuldvorderingen vertegenwoordigen (art. 54 WCO). Artikel 55 WCO geeft aan de rechter de mogelijkheid om het plan niet te homologeren enkel bij strijd met de openbare orde. In de recente rechtspraak is de gelijke behandeling van schuldeisers van eenzelfde categorie wel van openbare orde genoemd. Toch kan men nog steeds die meerderheid zoeken ten koste van de minderheid, met een plan dat voldoende categorieën van schuldeisers bevoordeelt opdat zij een meerderheid zouden opleveren. Anders dan sommige auteurs zie ik hierin niet echt een contractualisering(43): de benadeelde schuldeisers zijn ook gebonden als ze niet instemmen; voor zover men kan spreken van een overeenkomst is het er een ten koste van derden.

26. Anders dan wat wel eens beweerd wordt, zie ik hier weinig van een *evidence based* optreden. Wat daarentegen wel duidelijk te zien is, is het ontstaan van een *markt* aan bemiddelaars, gevolgd door een reglementering van die bemiddelaars, de organisatie van opleidingen, en het zoeken naar alternatieve vormen van financiering ervan. Het insolventierecht bevindt zich weliswaar nog niet in de perversiteit van het financieel recht, dat steeds meer gedreven is door de winsten die tussenpersonen maken op de verkoop van “financiële producten” en het afschuiven van verantwoordelijkheden. Maar toch wordt ook het insolventierecht stilaan gekenmerkt door steeds meer situaties waarin er geen duidelijk afgebakende rechten en verantwoordelijkheden meer bestaan.

Ik kan me ook niet van de indruk ontdoen dat een groot deel van het contentieux in het insolventierecht in wezen draait om de vergoedingen voor de betrokken tussenpersonen zoals bemiddelaars en curatoren. Zo is een analyse van de cassatierechtspraak inzake faillissementsrecht soci-

(42) Vgl. Ph. THION, *Wetgeving en alternatieven, Van staatssoevereiniteit tot normaliteitsbeheersing*, randnr. 360.

(43) Zoals wordt gesteld door M. TISON en I. VEROUGSTRAETE, “Conceptuele zwaartepunten van de Wet Continuïteit Ondernemingen”, in: *Gerechtelijke reorganisatie* (Antwerpen: Intersentia 2010), p. (1) 21 nr. 37.

aal gezien in het algemeen erg bedroevend: het gros van de zaken waarin rechtsvragen aan het Hof van Cassatie worden voorgelegd gaat uiteindelijk minstens indirect over de vergoeding van de curator. En ik ben er helemaal niet van overtuigd dat het hier gaat om een zaak van *private vice but public virtue*, waar het winstbejag zou leiden tot de meest efficiënte behandeling van insolventiesituaties. Er is integendeel een ernstig “agency”-probleem (of “principal-agent-probleem”). Vanuit een wellicht emotioneel collectivistische ingesteldheid heeft de 1e Franstalige kamer van het Hof van Cassatie nochtans in meerdere arresten van insolventierecht gekozen voor de oplossing die het meest *agent-friendly*, tussenpersoonvriendelijk is.

Een duidelijk voorbeeld vinden we in een arrest van 23 april 2010(44). Een gerechtsdeurwaarder had na derdenbeslag de schuldvordering geïnd bij de derde-beslagene (dus niet de schuldenaar) en het tegoed op zijn derdenrekening aangehouden. Nadat hij de evenredige verdeling had opgemaakt en de termijn voor tegenspraak verstreken was, had hij aan zijn bank opdracht gegeven tot betaling aan de schuldeisers van de van de derde afkomstige gelden. De beslagene werd failliet verklaard vooraleer de rekening van de bestemming was gecrediteerd en cassatie besliste dat de tegoeden daardoor in de failliete boedel vielen. Het arrest is ook rechtstechnisch onzin(45), maar bovendien rechtspolitiek problematisch omdat het er enkel maar toe leidt dat er tweemaal “commissie” moet worden betaald aan een bij de vereffening betrokken tussenpersoon, eerst aan de gerechtsdeurwaarder en vervolgens aan de curator.

IV. Zeno

27. In mijn wandeling door het hedendaagse insolventierecht heb ik intussen al meerdere rechterlijke uitspraken kritisch bejegend. In dit laatste onderdeel van deze rede wil ik de vraag stellen of er een lijn zit in de bekritiseerde arresten, of er *a method in the madness* is, en of misschien meer onderzoek naar en reflectie over de methoden van rechterlijke rechtsvorming kan helpen voor een beter insolventierecht.

28. Een eerste vaststelling die ik durf te verwoorden is dat slechte arresten heel vaak niet alleen m.i. foute rechtspolitieke keuzes maken – waarover men van mening kan verschillen – maar gewoonweg fouten bevatten in de premissen of in de redenering die erop wordt gebouwd.

(44) Cass. 23 april 2010, nr. C.08.0604.F., 1^e Franstalige kamer, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20100423-2, *RW* 2010-2011, 935 n. Ruud JANSEN, “De weg bijster in het grensgebied tussen beslag en faillissement”, verwerping voorziening tegen Hof Luik 26 juni 2008, *JLMB* 219. Terecht anders dus onder meer Hof Gent 2 juni 2009, *RW* 2009-2010, 1647.

(45) Zie infra randnr. 34.

29. In het geciteerde arrest nr. 182/2008 van het Grondwettelijk Hof over de rechtsplegingsvergoeding bv. stelde het Hof dat *“De wetgever kan niet verweten worden geen rekening te hebben gehouden met die wisselvalligheden”* bij de bepaling van het recht op vergoeding van advocatenkosten, nl. de vermogendheid van de wederpartij. Maar de zaak is niet dat de wetgever er geen rekening mee zou hebben gehouden, maar wel dat hij die wisselvalligheid precies zelf tot criterium voor de mate van verhaalbaarheid heeft gemaakt. Het argument is feitelijk fout.

30. Arrest nr. 69/2002 van het Grondwettelijk Hof over de bevrijding van de zogenaamd kosteloze borg(46) was eveneens op determinerende wijze bepaald door een foute premisse, namelijk de premisse dat een borg geen collectieve schuldenregeling kan aanvragen. Het Hof zag een discriminatie in de regeling krachtens welke de gefailleerde van zijn schuld kon worden verschoond en de borg niet. De premisse van waaruit het arrest uitging, is echter onjuist: de borg kon evenzeer van zijn schulden worden bevrijd als de gefailleerde, namelijk door zelf een faillissement te ondergaan of een collectieve schuldenregeling(47). In een later arrest van het Grondwettelijk Hof werd dat trouwens uitdrukkelijk gesteld om te verantwoorden dat de verschoonbaarheid niet ten goede komt aan een hoofdelijke medeschuldenaar !?(48).

31. Arrest nr. 167/2008 van het Grondwettelijk Hof inzake nettingovereenkomsten bevat maar een zeer summiere argumentatie, die evenwel vol incoherenties zit. Op de eerste plaats stelt het arrest dat de basisregel inzake nettingovereenkomsten in de WFZ afwijkt van het gemeen recht, nl. artikel 1298 BW, wat m.i. niet klopt omdat de gemeenrechtelijke regels waarvan aldus zou zijn afgeweken betrekking hebben op de wettelijke schuldvergelijking en niet op de conventionele schuldvergelijking. M.i. is ook de premisse fout, dat door middel van een overeenkomst tot netting een actief wordt onttrokken aan de boedel dat er anders wel zou zijn. Dat actief is immers een schuldvordering, en die bestaat maar voor zover die bestaat volgens de

(46) Arbitragehof nr. 69/2002 van 28 maart 2002, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2002/2002-069n.pdf>, hoger aangehaald.

(47) Dat het Hof dit niet ingezien heeft, blijkt uit overweging B.6.: *“Door de rechtbank de mogelijkheid te geven de gefailleerde verschoonbaar te verklaren, heeft de wetgever een maatregel genomen die in overeenstemming is met de in B.3 vermelde doelstellingen, zoals het Hof heeft vastgesteld in zijn arrest nr. 132/2000. Het Hof heeft ook geoordeeld dat er geen discriminatie was tussen de schuldenaars naargelang zij al dan niet handelaars zijn vermits de wet van 5 juli 1998, die betrekking heeft op de collectieve schuldenregeling, voor de niet-handelaars een verschillende procedure heeft georganiseerd die kan leiden tot een kwijtschelding van de schulden. Wanneer de wetgever in de faillissementswet een mogelijkheid invoert om de gefailleerde verschoonbaar te verklaren en wanneer die maatregel noch aan de echtgenoot, noch aan de borg ten goede komt, behandelt hij evenwel op een verschillende manier personen die gehouden zijn tot de regeling van dezelfde schulden”*.

(48) Arrest 2004/78 van 12 mei 2004, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2004/2004-078n.pdf>, overweging B.11.2.; zo ook Arbitragehof arrest nr. 187/2006 van 29 november 2006, overweging B4 (<http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-187n.pdf>).

interne verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar⁽⁴⁹⁾. Anders gezegd: als partijen overeenkomen dat de schuldvorderingen worden opgenomen in een ondeelbaar geheel, dan bestaat enkel het saldo. Dan wordt geen enkel actief aan het vermogen van de wederpartij onttrokken door schuldvergelijking, omdat dergelijk actief gewoon niet bestond. Vervolgens stelt het arrest eerst terecht dat de bepaling niet enkel geldt voor nettingovereenkomsten gesloten met kredietinstellingen, maar met elke schuldeiser, zodat er geen discriminatie is van andere schuldeisers vergeleken met kredietinstellingen. Maar wanneer vervolgens de vergelijking wordt gemaakt met schuldeisers met wie geen nettingovereenkomst is gesloten, spreekt men enkel over kredietinstellingen. Vervolgens wordt geïnsinueerd dat voor de vraag of een schuldeiser voorrang mag krijgen op andere schuldeisers dankzij een nettingovereenkomst, er anders moet worden geoordeeld naargelang de wederpartij (dus de debiteur) een vermogende persoon is dan wel door overmatige schuldenlast geplaagd is. Maar de betwisting gaat hoe dan ook niet om de bescherming van de debiteur (voor wie het niets uitmaakt), maar gaat enkel over de tegenwerpelijke van nettingovereenkomsten bij samenloop, dus over de rechten van de schuldeisers onderling. Het onderscheid dat het Hof oplegt tussen schuldeisers van een handelaar in faillissement en die van een particulier in collectieve schuldenregeling volgt helemaal niet uit dat dubieuze argument (aangezien ze in beide gevallen blijkbaar niet vermogend zijn). En *last but not least* is het finale argument gewoonweg absurd: eigenlijk stelt het Hof dat elke overeenkomst tot vestiging van een zakelijke zekerheid, wat immers een actief onttrekt aan de andere schuldeisers, discriminerend en dus ongrondwettig is, althans bij collectieve schuldenregeling. Dat zou betekenen dat ook hypotheek en pandrechten ongrondwettig zouden zijn; als men dat niet bedoelde, dan is het gegeven argument waardeloos.

32. Ook de cassatierechtspraak inzake eigendomsvoorbehoud, waaronder het genoemde arrest van 7 mei 2010, berust al decennia voornamelijk op foute premissen. Op de eerste plaats gooit het Hof de begrippen “bezit” en “detentie” door elkaar door ervan uit te gaan dat de koper onder eigendomsvoorbehoud de zaak juridisch in bezit heeft. Maar de koper die een zaak koopt met een beding van eigendomsvoorbehoud is natuurlijk niet begonnen met de zaak voor zichzelf te bezitten, maar wel ze voor een ander (de eigenaar-verkoper) te bezitten, en blijft dus slechts detentor zolang er geen omkering van titel (*interversion de titre*) heeft plaatsgevonden. De fout, die voortging op een ook in 1933 al achterhaalde theorie van het bezit, werd

(49) Zie hiervoor uitvoeriger mijn bijdragen “Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden”, in *CBR Jaarboek 2010-2011* (Antwerpen: Intersentia 2011), p. 207 v. (ook op <http://storme.be/schuldvergelijkingennetting.pdf>), en “De drievoudige gelaagdheid van schuldvorderingen en hun bescherming”, *Feestbundel Walter van Gerven* (Antwerpen: Kluwer 2000), p. 329 v. (ook op <http://www.storme.be/3voudigegelaagdheid.html>).

reeds bij de arresten van 1933(50) opgemerkt door de latere Eerste voorzitter van het Hof van Cassatie L. Soenens(51).

33. Volgens een cassatie-arrest van de Franstalige eerste kamer van 27 januari 2011(52) zou het tegoeed op een derdenrekening van een advocaat in diens eigen vermogen vallen, omdat hij dat tegoeed voor eigen rekening zou aanhouden. Ook dit arrest bevat een foute premisse: het tegoeed op een derdenrekening wordt door de advocaat helemaal niet voor eigen rekening aangehouden maar juist openlijk voor andermans rekening aangehouden. Voor het openlijk karakter daarvan volstaat het immers dat ten aanzien van de partij die het geld ontvangt en op wie men dus een schuldvordering verkrijgt, bedongen is dat die schuldvordering voor andermans rekening wordt aangehouden(53).

34. Het zopas genoemde cassatie-arrest van 23 april 2010 over faillissement na derdenbeslag tenslotte heeft het ten onrechte over de “in beslag genomen gelden”, die nog niet uitbetaald zouden zijn, en dus nog eigendom zouden zijn van de (intussen failliet verklaarde) beslagene, terwijl het na de inning van de in beslag genomen schuldvorderingen door de gerechtsdeurwaarder niet meer om gelden gaat, maar om een door de gerechtsdeurwaarder *qualitate qua* aangehouden rekeningtegoed, en de gelden ten eerste nooit aan de beslagen schuldenaar hebben toebehoord (maar wel aan de derde-beslagene) en ten tweede eigendom zijn van de rekeningvoerende financiële instelling. Bovendien zou men bij toepassing van de leer van het arrest van 27 januari 2011 in deze zaak tot de conclusie moeten zijn gekomen dat de gelden in het vermogen van de gerechtsdeurwaarder vielen en dus alvast niet in dat van de gefailleerde.

35. Uit deze reeks voorbeelden moge blijken hoe belangrijk het is om in het rechtsonderwijs de kritische analyse van argumentaties aan te leren en te beoefenen. Ik hoop daaraan ook de komende jaren te kunnen blijven bijdragen.

(50) Cass. 9 februari 1933 (2 arresten), *Pas.* 1933 I, 103 concl. P.g. LECLERCQ.

(51) L. SOENENS, kritische noot onder Cass. 9 februari 1933, *BJ* 1933, 178. In dezelfde zin M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge* (Brussel: Bruylant 1992), p. 248 nr. 360 v.

(52) Cass. 27 januari 2011, nr. F.07.0109.F, *RW* 2010-2011, 1775 afkeurende noot V. SAGAERT “Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip” = *TBH* 2011, 561 afkeurende noot R. HOUBEN “De beslagbaarheid van de derdenrekening van de advocaat (zgn. Carpa-rekening)” = *T.Not.* 2011, 310 n. C. ENGELS, “Carparekening versus rubriekrekening” = *JT* 2011, 162 n. G. DE LEVAL en F. GEORGES, “Le statut du compte de tiers de l’avocat: Dura lex ...”.

(53) Zie mijn analyse in M.E. STORME, “De kwaliteitsrekening, zakenrechtelijk bekeken”, in: E. DIRIX en R.D. VRIESENDORP (eds.), *Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht* (Antwerpen/Deventer: Kluwer 1998) p. 55 v., ook (bijgewerkt) in X., *Kwaliteitsrekeningen*, reeks Voorrechten en hypothecken. Grondige studies nr. 5 (Antwerpen: Kluwer 1999), p. 37.

36. Een tweede vaststelling is dat in de bekritiseerde arresten opvallend vaak gebruik wordt gemaakt van een redenering *a contrario*. In een studie uit 1995(54) heb ik reeds de voorkeur van onze cassatierechtspraak voor deze redenering boven de redenering *a pari* besproken. We vinden ze ook terug in het insolventierecht, heel duidelijk bv. in het genoemde arrest van 7 mei 2010 inzake eigendomsvoorbehoud, dat omwille van het feit dat het eigendomsvoorbehoud geregeld is in de Faillissementswet en niet in het BW, weigerde het te erkennen bij samenloop buiten faillissement, met name bij collectieve schuldenregeling, en bovendien weigerde om het Grondwettelijk Hof te bevragen over de discriminerende behandeling van een leverancier naargelang er sprake is van een faillissement, dan wel van beslag of collectieve schuldenregeling. Het arrest is des te merkwaardiger omdat men erin tegelijk artikel 20, 5° Hypotheekwet extensief uitlegt tegen de wil van de wetgever in, en artikel 101 van de Faillissementswet, evenzeer tegen de wil van de wetgever in, juist restrictief uitlegt.

37. Een andere vorm van *a contrario* redenering vinden we waar de rechtspraak nodeloos verschillen in rechtsgevolgen construeert tussen gevallen die perfect onder dezelfde regel zouden kunnen vallen, maar waarvan de ene wel onder de letter van de wet valt en de andere niet. Twee voorbeelden van het nutteloos apart houden van rechtsfiguren:

- het onderscheid tussen hoofdelijkheid en *in solidum* aansprakelijkheid, waarbij de laatste categorie geschapen werd om de fouten in de wettelijke regeling van de eerste niet uit te breiden, zonder evenwel die fouten zelf te corrigeren(55);

- het onderscheid tussen retentierecht en pandrecht, waarbij de eerste categorie foute rechtsgevolgen toekent aan situaties die gewoon onder de tweede vallen, maar waarvoor men te weinig steun meent te vinden in de tekst van de wet.

(54) M.E. STORME, “Bedenkingen bij de door het Hof van cassatie gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron: de traditie”, *TPR* 1995, 971 v. (ook op www.storme.be/cassatie&traditie.html), randnr. 19 v.

(55) Met name de onwenselijkheid van de zogenaamde “secundaire gevolgen” van de hoofdelijkheid.

Voor de geschiedenis van deze categorie, zie S. MEIJER, *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und rechtsvergleichender Perspektive* (Tübingen: Mohr Siebeck 2010), p. 518 v., in het bijzonder 533 v. Zie in de Belgische rechtsleer onder meer J. MATTHJIS, “Solidarité et obligation *in solidum*” (noot onder Gent 5 mei 1949), *RCJB*. 1951, (187) 192; J.L. FAGNART, “L’obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle” (noot onder Cass. 15 februari 1974), *RCJB* 1975, (233) 242. Voor het Franse recht: J. FRANÇAIS, *De la distinction entre l’obligation solidaire et l’obligation in solidum* (Paris: Les éditions internationales 1936), 61.

Voor dergelijke onderscheidingen zijn er geen rationele argumenten, andere dan een louter tekstargument, waaruit men evenwel evengoed het niet-bestaan van een van beide figuren zou kunnen afleiden.

38. Met enige “goede wil” kan men wel een zekere coherentie ontdekken in de rechtspraak van het Hof van Cassatie – minstens van de Franstalige eerste kamer – inzake insolventierecht, nl. een voorkeur voor de oplossing die het verhaal van schuldeisers zoveel mogelijk aan collectieve procedures onderwerpt, dus een keuze voor de oplossing die doorgaans het meest realisatiekosten veroorzaakt en het meest commissie oplevert voor curatoren en andere tussenpersonen.

De redenering *a contrario* staat echter op gespannen voet met het grondwettelijk gelijkheidsgebod. Gelukkig is er daarnaast ook vaak sprake van cassatierechtspraak die probeert om de regels inzake samenloop en zekerheden zo coherent mogelijk toe te passen, en dus ruim te interpreteren in plaats van hun toepassing op te sluiten in een *a contrario* redenering. Daarmee zou trouwens ook de kans op conflicten met het Grondwettelijk Hof verkleinen.

39. Dit alles betekent niet dat ik een voorstander ben van onbegrensde uitlegging door de rechter. Rechtsstaat en scheiding der machten gaan nog steeds best samen. Waar de wetgever geen politieke keuzes heeft gemaakt, is het een taak van de rechter om mee het recht te ontwikkelen door de regel te formuleren alsof hij wetgever zou zijn: *“Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde”*, zoals het luidt in de beroemde formule van artikel 1 II van het Zwitserse Zivilgesetzbuch (ZGB).

Daar waar de wetgever politieke keuzes hééft gemaakt, moet een rechter al erg zwaarwegende argumenten hebben van een andere aard om die keuzes terzijde te schuiven. De constitutionele rechter moet daarbij extra voorzichtig zijn. Natuurlijk is de grondwet er om ons te beschermen tegen inbreuken ook door de wetgever, maar dat is een bescherming die beperkt moet blijven tot het beschermen van gevestigde waarden tegen de waan van de dag; te vaak doen rechtscolleges precies het omgekeerde: de waan van de

dag opleggen tegen gevestigde waarden in(56), waarmee de politieke macht juist niet begrensd wordt, maar integendeel verruimd. Ook in de grondwet zelf doet men dat soms, of in andere teksten die men boven de wet wil plaatsen, zoals het Europees Handvest van grondrechten(57). Maar de meerderheid van vandaag heeft geen enkele legitimiteit om de meerderheid in de toekomstige generaties te binden aan de eigen keuzes wanneer die niet reeds ook de keuzes zijn van een reeks voorgaande generaties(58). Is dat niet het geval, dan is de legitimiteit van de meerderheid in de volgende generatie om een nieuwe keuze te maken immers precies even groot als die van de meerderheid in de huidige generatie. Ook al gaat het in het recht m.i. in grotere mate om wijsheid dan om politieke keuzes, het gaat in beide gevallen nog steeds om een normatieve discipline. En al verandert onze samenleving snel en kunnen we zonder twijfel in relatie tot de wetenschap van vooruitgang spreken, de fundamentele ethische vragen blijven dezelfde en morele vooruitgang is zeer relatief, om niet te zeggen een zeer gevaarlijke gedachte. De gedachte dat er maar één richting is waarin de goede, correcte mensen kunnen marcheren noemde de Amerikaanse politieke

(56) Zie voor verdere uitwerking mijn essay “Res publica en rechtsstaat: vrijheid in een onvolmaakte samenleving. Pleidooi voor een functionele (niet te bevolgen) grondwet voor Vlaanderen”, *CDPK* 2009 nr. 2, p. 382 v.; eerder in J. SANCTORUM e.a., *De Vlaamse Republiek: van utopie tot project* (Leuven: Van Halewyck 2009), p. 165 v., ook op <http://storme.be/vlaamserepubliek.html>; licht verkort ook in *Rechtsfilosofie & Rechtsleer* 2009, 50 v. K. LEMMENS, in zijn overigens erg boeiende oratie “Antigone(s) in Straatsburg: mensenrechten tussen recht en gerechtigheid”, *RW* 2012-13, 762) 768-769, meent dat deze kwalificatie enkel geldt voor de gevallen die hij omschrijft als toetsing van een nieuwe wet aan gevestigd hoger recht (met als voorbeelden Antigone en Leyla Sahin als “conservatieve helden”) en niet voor de toetsing van een oude wet aan nieuw hoger recht (met Paula Marckx als anti-Antigone) waarbij volgens hem niet de waan van de dag wordt bestreden op grond van de hogere norm, maar wel de relicten uit het verleden. Maar dat is precies de vraag, nl. of niet de “nieuwe hogere norm” de waan van de dag is ..., zoals Koen Lemmens overigens illustreert met zijn commentaar bij de zaak-Lautsi.

(57) Voor mijn kritiek op dat Handvest, zij het wel geschreven jegens de versie in het ontwerp van “Europese Grondwet” (dat niet ongewijzigd werd overgenomen in het Verdrag van Lissabon), zie M.E. STORME “De Europese waarden: bescherm ze tegen de waarden van de Europese Grondwet”, in: W. Van Rooy, R. Hauman en S. Van Rooy (eds.), *Europa wankelt. De ontvoering van Europa door de EU* (Kessel-Lo: Van Halewyck 2012), 264 v.

(58) Dat principe geldt minder of niet voor meer technische bepalingen die de werking van de instellingen bepalen, maar in zeer sterke mate voor ethisch en ideologisch geladen onderwerpen. Vgl. hierbij reeds art. 28 van de Franse *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* bij de republikeinse Grondwet van 1793: “*Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.*”

Zie verder mijn genoemd essay “Res publica en rechtsstaat: vrijheid in een onvolmaakte samenleving. Pleidooi voor een functionele (niet te bevolgen) grondwet voor Vlaanderen”.

filosoof Michael Walzer ooit met een citaat uit Kundera's Ondraaglijke lichtheid van het bestaan "linkse kitsch"(59).

Het respect voor politieke keuzes bij de toepassing van het recht ontslaat ons natuurlijk niet van de plicht om de verbetering van het recht te onderzoeken en betere regels voor te stellen. En ook binnen de grenzen van de democratische legitimiteit is er vaak ruimte voor interpretatie en ligt er dus een taak om door interpretatie het recht coherenter te maken. Er is dus meer dan werk genoeg voor de boeg ... De rechtsgeleerdheid dient daarbij tevens de rechtvaardigheid (*Dikè*) in het werk te blijven zetten en de wapens te leveren om de *Hydra* van de overheidsinmenging enkele koppen kleiner te maken. Zoniet lijkt ze op de Ploutos van Aristophanes, die door Zeus verblind werd, zodat hij de rijkdom uitstrooide zonder onderscheid van verdienste of rechtvaardigheid.

(59) M. WALZER, *Thick and thin. Moral argument at home and abroad* (Notre Dame: University of Notre Dame Press 1994), p. 8-9:

"There is nothing to gain from the merger, for the chief value of all this marching lies in the particular experience of the marchers. There is no reason to think that they are all heading in the same direction. The claim that they must be heading in the same direction, that there is only one direction in which good-hearted (or ideologically correct) men and women can possibly march is an example – so writes the Czech novelist Milan Kundera of leftist kitsch"

Bij KUNDERA zelf luidde het in *Nesnesitelná lehkost bytí*, hier geciteerd uit de Engelse vertaling *The Unbearable Lightness of Being* (New York: Harper & Row, 1e uitgave 1984), p. 257:

"The fantasy of the Grand March that Franz was so intoxicated by is the political kitsch joining leftists of all times and tendencies. The Grand March is the splendid march on the road to brotherhood, equality, justice, happiness; it goes on and on, obstacles notwithstanding, for obstacles there must be if the march is to be the Grand March. (...) What makes a leftist a leftist is not this or that theory but his ability to integrate any theory into the kitsch called the Grand March."



SOMMAIRE

DIKÈ, HYDRA, ZENO DANS LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Dans cette leçon inaugurale, l'auteur propose ses réflexions sur l'évolution et l'état actuel du droit belge de l'insolvabilité à titre d'exemple des développements dans le droit en général. D'autres pays occidentaux connaissent des développements analogues.

Après une brève analyse des rapports classiques entre principes de justice (commutative et distributive) et droit de l'insolvabilité – dans ses aspects de droit privé et de droit public –, l'auteur s'attache à l'évolution générale. Dans l'évolution du droit occidental au cours des trois derniers siècles, il distingue quatre étapes: 1° le droit comme ordre objectif représentatif de la justice; 2° le droit moderne classique avec sa nette séparation des domaines respectifs du commerce, du service public et le domaine purement privé; 3° l'état-providence du 20^{ème} siècle avec une large expansion du droit public; et 4° l'étape du droit thérapeutique agissant comme instrument de normalisation et de management de divers risques et émotions sociaux. La reconnaissance précise de droits et devoirs subjectifs et l'administration de la justice cèdent de plus en plus de place à des mécanismes pilotés par divers "acteurs", "experts" et "stakeholders".

Après cet aperçu général, l'auteur examine dans quelle mesure une même évolution se retrouve dans le champ du droit de l'insolvabilité et analyse les développements en matière d'insolvabilité du consommateur ("règlement collectif des dettes"), procédures d'observation et information auprès des autorités publiques, plus ample différenciation entre diverses catégories de débiteurs insolubles, réorganisation judiciaire et extra-judiciaire des affaires et implication accrue de divers acteurs professionnels et ONG.

A l'issue de cette analyse, l'auteur critique un certain nombre de décisions judiciaires en raison de leurs conséquences. Dans une dernière partie, il examine si, sur ce point, le raisonnement est défectueux et quelles techniques d'interprétation du droit ont été utilisées. L'auteur conclut son exposé par quelques considérations sur le rôle respectif des juges, législateurs et professeurs.

ZUSAMMENFASSUNG

DIKÈ, HYDRA UND ZENO IM INSOLVENZRECHT

In seiner Antrittsrede reflektiert der Autor über die Entwicklung und die derzeitige Lage des Belgischen Insolvenzrechts als Beispiel für die Entwicklung des Rechts im Allgemeinen. Gleichartige Entwicklungen können auch in anderen westlichen Ländern gefunden werden.

Nach einer kurzen Besprechung des klassischen Verhältnisses zwischen Rechtsprinzipien (vergütende und verteilende) und dem Insolvenzrecht – mit Bezug auf privates und öffentliches Recht – folgt eine Analyse der allgemeinen Entwicklung. Der Autor unterscheidet vier Phasen in der Rechtsentwicklung im Westen in den letzten drei Jahrhunderten: 1° Recht als eine objektive Ordnung von Werten die die Gerechtigkeit vertreten; 2° ein klassisches modernes Rechtsmodell, das deutlich Unterschied macht zwischen den Domänen vom Handelsrecht, öffentlichem Recht und von Privatrechtlichen Angelegenheiten; 3° der Wohlstandsstaat des 20. Jahrhunderts, mit einer enormen Ausbreitung vom öffentlichen Recht, und 4° die Phase des therapeutischen Rechtes, in dem Recht gebraucht wird als Instrument um gesellschaftliche Risiken und Emotionen zu normalisieren und zu steuern. Die deutliche Attribution von subjektiven Rechten und Verpflichtungen und die Verwaltung des Gerichts werden mehr und mehr ersetzt durch Prozesse, geführt von verschiedenen “Aktoren”, “Experten” und “Aktionären”.

Dem allgemeinen Überblick folgt eine Untersuchung der Frage, in wie weit dieselbe Entwicklung gesehen werden kann im Insolvenzrecht, mit Analyse der Entwicklungen in Hinsicht auf die Insolvenz von Verbrauchern (“kollektive Schuldenregelung”), des Verfahrens von Beobachtung und Informationsbeschaffung durch öffentliche Behörden, von weiterer Differenzierung zwischen unterschiedlichen Kategorien von zahlungsunfähigen Schuldner, der gerichtlichen und außegerichtlichen geschäftlichen Reorganisation, und der zunehmenden Einmischung von verschiedenen professionellen Aktoren und nicht-staatlichen Organisationen.

Im Laufe dieser Analyse wird eine Anzahl von belgischen Urteilen, ihrer Resultate wegen, kritisch beleuchtet. Im letzten Teil dieses Beitrages wird untersucht, ob die Argumentation in diesen Rechtssachen mangelhaft gewesen ist, und welche Interpretationstechniken man gebraucht hat. Der Autor schließt mit einigen allgemeinen Betrachtungen in Bezug auf die Rolle von Richtern, Gesetzgebern und Rechtsprofessoren.

SUMMARY

DIKÈ, HYDRA AND ZENO IN THE LAW OF INSOLVENCY

In his inaugural address the author reflects upon the evolution and contemporary state of Belgian insolvency law as an example of evolutions in law in general. Similar developments can be found in other Western countries.

After a brief discussion of the classical relationship between principles of justice (retributive and distributive) and insolvency law – in its aspects of private law and public law – there is an analysis of that general evolution. The author distinguishes four stages in the evolution of Western law in the past three centuries: 1° law as an objective order of values representing justice; 2° a classical modern model of law, clearly separating the domain of commerce, that of public service and the purely private spaces; 3° the 20th century welfare state, involving a huge expansion of public law; and 4° the stage of therapeutic law, using law as an instrument of normalization and of management of social risks and emotions. The precise attribution of subjective rights and duties and the administration of justice are increasingly replaced by processes conducted by various “actors”, “experts” and “stakeholders”.

The general overview is followed by an enquiry into how far the same evolution can be seen in the field of insolvency law, with an analysis of developments concerning consumer insolvency (“collective debt regulation”), procedures of observation and information gathering by public authorities, further differentiation between different categories of insolvent debtors, judicial and extrajudicial reorganization of business, and the increasing involvement of various professional actors and NGOs.

In the course of the analysis, a number of Belgian judicial decisions are criticized because of their outcome. The last part of the contribution examines whether the reasoning in these cases is also flawed and which techniques of interpretation of the law have been used. The author concludes with some general recommendations on the role of judges, legislators and law professors.

RESUMEN

DIKÉ, HYDRA Y ZENO EN LA NORMATIVA DE INSOLVENCIA

En su alocución inaugural, el autor reflexiona sobre la evolución y situación actual alcanzada en la normativa belga de insolvencia en cuanto modelo para evoluciones en el derecho en general. Adelantos similares se pueden encontrar también en otros países occidentales.

Después de una breve discusión de la relación clásica entre los principios de justicia (retributiva y distributiva) y la normativa de insolvencia - en sus aspectos de derecho privado y de derecho público - se procede a un análisis de dicha evolución general. El autor hace una distinción entre cuatro fases en la evolución del derecho occidental durante los tres siglos pasados: 1° el derecho como un orden objetivo de valores que representan la justicia; 2° un modelo moderno clásico de derecho, que separa claramente el ámbito del comercio, el del servicio público y los ámbitos meramente privados; 3° el estado del bienestar del Siglo XX, que implica una enorme expansión del derecho público; y 4° la fase del derecho terapéutico, como instrumento de normalización y de gestión de riesgos sociales y emociones. La atribución exacta de obligaciones y de derechos subjetivos y la administración de la justicia se ven cada vez más sustituidas por procesos dirigidos por varios “actores”, “expertos” y “partes interesadas”.

El análisis general va seguido por una discusión de la cuestión de saber en qué medida se puede constatar la misma evolución en el ámbito del derecho de insolvencia, con un análisis de las evoluciones en cuanto a insolvencia del consumidor (collective debt regulation), procedimientos de seguimiento y recogida de información por autoridades públicas, más una categorización de los tipos de deudores insolventes, la reorganización judicial y extrajudicial de negocios y la creciente implicación de distintos actores profesionales y Organizaciones no Gubernamentales.

En el análisis, se critican algunas decisiones judiciales belgas por su resultado. En la última parte del artículo, se examina si el razonamiento en estos casos no contiene vicios de forma y cuáles son las técnicas de interpretación del derecho que se han utilizado. El autor concluye con algunas recomendaciones generales sobre el papel de los jueces, legisladores y catedráticos.